



**VNiVERSiDAD  
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

## **TRABAJO FIN DE GRADO**

### **GRADO EN DERECHO**

**Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y  
Procesal.**

**Área de Derecho Procesal**

**Curso 2017/2018**

# **PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL. EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN.**

**Nombre de la estudiante: Cristina González Ruiz**

**Tutora: Isabel Huertas Martín**

**22 de junio de 2018**

# **TRABAJO FIN DE GRADO**

## **GRADO EN DERECHO**

**Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y  
Procesal.**

**Área de Derecho Procesal.**

### **PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL. EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN.**

### **ILLEGALLY OBTAINED EVIDENCE IN THE CRIMINAL PROCEDURE. EXCEPTIONS TO THE EXCLUSIONARY RULE.**

**Nombre de la estudiante: Cristina González Ruiz**

**E-mail de la estudiante: cristinagrom@usal.es**

**Tutora: Isabel Huertas Martín**

## RESUMEN

El presente trabajo aborda el análisis de la teoría de la prueba ilícita desde la perspectiva del proceso penal, con el objetivo de conocer el tratamiento que nuestro ordenamiento jurídico y la jurisprudencia dan a las pruebas ilícitas. Para comenzar, efectuaremos una conceptualización de lo que se entiende por prueba ilícita y desarrollaremos la regla de exclusión que se predica de dichas pruebas. A continuación, las excepciones a esta regla serán objeto de estudio.

Como resultado, comprobamos que la regla de exclusión de las pruebas ilícitas se ha relativizado, dado que se han ido introduciendo una serie de excepciones por parte de la jurisprudencia española, inspirándose en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos.

**PALABRAS CLAVE:** prueba ilícita, regla de exclusión, efecto disuasorio, eficacia refleja (frutos del árbol envenenado), desconexión de antijuridicidad.

## ABSTRACT

This paper presents the theory of the illegally obtained evidence from the point of view of the criminal procedure, and it aims to assess the treatment that our legal system and the jurisprudence give to these evidences. To begin with, it is necessary to focus on the notion of illegally obtained evidence and its exclusionary rule. After that, the exceptions to this rule will be studied.

As a result, it can be concluded that the exclusionary rule of the illegally obtained evidence has been minimized, due to the fact that the Spanish jurisprudence has introduced some exceptions, following the example of the Supreme Court of the United States.

**KEYWORDS:** illegally obtained evidence, exclusionary rule, deterrent effect, the fruit of the poisonous tree doctrine, disconnection of unlawfulness.

# ÍNDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN.</b>	<b>4</b>
<b>2. LA PRUEBA ILÍCITA.</b>	<b>5</b>
2.1. CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA Y PRUEBA IRREGULAR.	5
2.2. CLASES DE PRUEBAS ILÍCITAS.	6
<b>3. LA REGLA DE EXCLUSIÓN.</b>	<b>8</b>
3.1. ORIGEN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN.	8
3.2. RECONOCIMIENTO LEGAL.	10
3.2.1. <i>Examen del art. 11.1 LOPJ.</i>	10
3.2.2. <i>Incidencia del art. 11.1 LOPJ.</i>	11
3.3. FUNDAMENTO DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN.	13
3.4. PROHIBICIÓN DE ADMISIÓN Y DE VALORACIÓN.	13
3.4.1. <i>Prohibición de admisión de la prueba.</i>	13
3.4.2. <i>Prohibición de valoración de la prueba.</i>	14
3.5. EL CASO NASEIRO: UN EJEMPLO DE PRUEBA ILÍCITA.	15
3.6. LA EFICACIA REFLEJA.	17
3.7. LA REGLA DE EXCLUSIÓN EN LA PRUEBA OBTENIDA POR PARTICULARES.	19
<b>4. EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN.</b>	<b>22</b>
4.1. EXCEPCIÓN DE LA BUENA FE EN LA ACTUACIÓN POLICIAL.	22
4.2. LA TESIS DE LA DESCONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD. EXCEPCIONES A LA EFICACIA REFLEJA DE LA PRUEBA ILÍCITA.	24
4.2.1. <i>Excepción de la prueba jurídicamente independiente o fuente independiente (independent source doctrine).</i>	28
4.2.2. <i>Excepción del descubrimiento probablemente independiente (hypothetical independent source rule) y descubrimiento inevitable (inevitable discovery).</i>	29
4.2.3. <i>Excepción del nexo causal atenuado (attenuated connection doctrine).</i>	31
<b>5. CONCLUSIONES.</b>	<b>32</b>
<b>6. BIBLIOGRAFÍA.</b>	<b>35</b>

## 1. INTRODUCCIÓN.

La teoría de la prueba ilícita es quizá uno de los temas más complejos que trata la doctrina procesalista y también la doctrina constitucionalista debido a la gran relevancia que han ido adquiriendo los derechos fundamentales. Por ello, la regla de exclusión de las pruebas ilícitas, a pesar de que en nuestro ordenamiento fue una construcción jurisprudencial, tiene origen constitucional.

La finalidad de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas es proteger los derechos fundamentales de las personas en el seno del proceso. Por ello, se trata de una regla general que se aplica a todos los procesos de los distintos órdenes jurisdiccionales. Ahora bien, ha tenido una mayor incidencia en el proceso penal puesto que, de un lado, están los intereses de búsqueda de la verdad e ideal de la justicia (para lo que el Estado ejerce el *ius puniendi*) y, de otro lado, los derechos y libertades de las personas en el proceso, que constituyen un límite a la actuación de los poderes públicos.

Tradicionalmente, los intereses públicos y la búsqueda de la verdad material en el proceso primaban por encima de los derechos individuales. Sin embargo, a raíz del reconocimiento de derechos fundamentales en el texto constitucional y con la implantación del Estado de Derecho, no es posible obtener esa verdad a cualquier precio, sino que es necesario respetar los derechos y libertades de los ciudadanos. Con lo cual, la tutela de estos derechos y libertades supone privar de eficacia jurídica a todas las pruebas que vulneren tales derechos y libertades, aunque éstas sean relevantes para conocer la verdad y resolver los asuntos. De esta manera, puede que no se castiguen ciertos delitos y algunos delincuentes queden en libertad sin cargos puesto que esas pruebas no tienen eficacia jurídica probatoria.

La posición preferente de la que gozan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico conlleva negar eficacia probatoria a todas las pruebas que se obtengan o practiquen de manera contraria a estos derechos. Así, se impide la admisión y, en su caso, valoración de estas pruebas. Esto es lo que se denomina regla de exclusión de las pruebas ilícitas.

En nuestro ordenamiento jurídico esta prohibición de utilizar pruebas ilícitas, es decir, pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, no se introdujo hasta el año 1984 y fue a manos del Tribunal Constitucional en su Sentencia 114/1984, de 29 de

noviembre. Esto supuso un gran cambio en cuanto a la admisibilidad de la prueba en el proceso.

## **2. LA PRUEBA ILÍCITA.**

### **2.1. Concepto de prueba ilícita y prueba irregular.**

En la teoría de la prueba ilícita nos encontramos con que no se usa únicamente el término de prueba ilícita sino que existe una variedad terminológica. Con lo cual, también se usan términos como prueba prohibida, prueba nula o incluso prueba clandestina. No obstante, en nuestra doctrina diversos autores, como GIMENO SENDRA, distinguen entre prueba ilícita y prueba prohibida. Este autor considera que la prueba ilícita es aquella que vulnera cualquier ley mientras que la prueba prohibida es aquella que viola las normas constitucionales que tutelan los derechos fundamentales<sup>1</sup>.

En la actualidad, el término con mayor aceptación y que se usa a menudo es el de prueba ilícita. Esto se debe a que cuando hablamos de prueba prohibida nos referimos a los supuestos en los que la prueba no es admisible, por lo que este término hace referencia a múltiples situaciones que son muy variadas.

Al abordar el concepto de prueba ilícita es preciso señalar que no existe unanimidad en la doctrina acerca de lo que ha de entenderse por tal. Como punto de partida tenemos que fijarnos en la concepción de prueba ilícita que se basa en la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) 114/1984, de 29 de noviembre. Como señala MIRANDA ESTAMPRES<sup>2</sup>, se trata de una concepción que sigue un importante sector de la doctrina española, que se ha considerado como restrictiva por circunscribir el concepto de prueba ilícita a la practicada o admitida con violación de derechos fundamentales.

Asimismo, para definir la noción de prueba ilícita es necesario distinguir entre el principio de legalidad de la prueba y el principio de licitud de la prueba, dado que la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo (en adelante, TS) ha distinguido entre estos dos principios. El primer principio significa que los elementos de prueba se deben obtener e incorporar al proceso conforme a los principios y normas previstos en la ley.

---

<sup>1</sup> GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 1996, pp. 384-385. (Con Víctor MORENO CATENA y Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ).

<sup>2</sup> MIRANDA ESTAMPRES, M., *Concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Especial referencia a la exclusionary rule estadounidense*, Ubijus, México D.F., 2013, p. 68.

Por otro lado, el principio de licitud de la prueba supone que toda prueba debe obtenerse y practicarse respetando los derechos fundamentales<sup>3</sup>. Así, en función de cuál de estos principios se vulnere, tenemos prueba irregular y prueba ilícita, respectivamente.

Podemos definir la prueba ilícita como aquella prueba que se obtiene o se practica vulnerando derechos fundamentales. No obstante, la prueba irregular es aquella que se obtiene, propone o practica infringiendo las normas procesales que regulan el procedimiento probatorio, pero sin afectar a derechos fundamentales. Esto es, “por prueba irregular se entiende aquella prueba obtenida, propuesta o practicada con infracción de la legislación ordinaria, particularmente de las normas procesales que regulan el procedimiento probatorio, pero sin vulnerar, sin afectar directamente a los derechos fundamentales”<sup>4</sup>.

Distinguir entre prueba ilícita y prueba irregular es de gran relevancia puesto que la regla de exclusión probatoria, que se expone más adelante (*vid. infra*), únicamente se predica de la prueba ilícita. En cambio, la prueba irregular se somete al régimen de nulidad de los actos procesales y, en su caso, podrá subsanarse o convalidarse.

## **2.2. Clases de pruebas ilícitas.**

Han sido diversas las clasificaciones que la doctrina ha realizado sobre la prueba ilícita. Son clasificaciones muy variopintas y no coincidentes. Entre otros, los autores DE MARINO<sup>5</sup> y GÓMEZ COLOMER<sup>6</sup> reproducen la clasificación de ROXIN<sup>7</sup>, que distingue entre prohibiciones relativas a la práctica de la prueba y prohibiciones de aprovechamiento de resultados probatorios (se tienen en cuenta los casos en los que no se han observado los presupuestos a la hora de practicar una prueba). Dentro de las prohibiciones relativas a la práctica de la prueba distingue entre:

---

<sup>3</sup> MIRANDA ESTAMPRES, M., “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núm. 22, Barcelona, 2010, p. 132.

<sup>4</sup> DELGADO DEL RINCÓN, L. E., “La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia refleja.”, *Ciudadanía, derechos políticos y justicia electoral en México: memoria del IV Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral*, 2013, p. 1.

<sup>5</sup> DE MARINO, R., “Las prohibiciones probatorias como límites al derecho a la prueba”, en *Primeras Jornadas de Derecho Judicial*, Presidencia del Tribunal Supremo, Secretaría Técnica, Madrid, 1983.

<sup>6</sup> GOMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Editorial Bosch, Barcelona, 1985, pp. 133-138.

<sup>7</sup> ROXIN, C., *Strafverfahrensrecht*, Munich, 1987, pp. 141 y ss.

- a) Prohibiciones de temas de prueba, que hace referencia a los supuestos en los que ciertos hechos no pueden ser objeto probatorio.
- b) Prohibiciones de medios de prueba, que se refieren a cuando ciertos medios de prueba no pueden ser utilizados.
- c) Prohibiciones de métodos de prueba, es decir, situaciones en las que en la práctica de una prueba no se pueden utilizar ciertos métodos.
- d) Prohibiciones probatorias relativas, que suponen que solo ciertas personas pueden obtener y practicar la prueba.

Otra clasificación parecida a la anterior es la que desarrolla PETERS<sup>8</sup>, pues distingue entre prohibiciones de tema de prueba (se excluyen hechos como objeto de prueba), prohibiciones de métodos de prueba (se excluyen formas y métodos de conseguir una prueba lícita) y prohibiciones de medios de prueba (no se puede hacer uso de ciertos medios de prueba). Además, añade en cada una de estas clases dos subtipos: a) prohibiciones de persecución de prueba; b) prohibiciones de procedimiento de prueba. Las prohibiciones de persecución de prueba limitan la investigación mientras que las prohibiciones de procedimiento de prueba limitan una investigación permitida en tanto en cuanto se han de seguir unos presupuestos.

Una clasificación que se aleja más de las anteriormente mencionadas es la propuesta por GIMENO SENDRA<sup>9</sup>. Este autor clasifica las pruebas ilícitas en las tres siguientes categorías: a) pruebas que se obtienen vulnerando garantías constitucionales (como puede ser la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones); b) pruebas que se obtienen por medios que la CE prohíbe (por ejemplo, confesiones realizadas mediante hipnosis o con tortura) o no autoriza de manera expresa (así, la coacción ejercida para obtener una declaración sobre las creencias o la ideología); c) pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales (como el derecho a la intimidad o el derecho de defensa).

Por otro lado, MIRANDA ESTAMPRES<sup>10</sup> clasifica las pruebas ilícitas en atención a dos criterios: el criterio temporal o cronológico y el criterio causal o material.

---

<sup>8</sup> PETERS, K., *Strafprozeßrecht*, Heidelberg, 1985, pp. 296-298.

<sup>9</sup> GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal*, tomo II, *Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, p. 82. (Con Víctor MORENO CATENA, José ALMAGRO NOSETE y Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ)

<sup>10</sup> MIRANDA ESTAMPRES, M., *Concepto de prueba ilícita...cit.*, p. 73 y ss.



Dentro de ese criterio temporal distingue entre ilicitud extraprocesal e ilicitud intraprocesal. Mientras que la ilicitud extraprocesal se da en el momento preprocesal de obtención de las fuentes de prueba, la ilicitud intraprocesal afecta a un acto procesal, que puede ser la proposición, admisión o la práctica de la prueba. Cabe destacar que este autor defiende que la ilicitud extraprocesal se produce con independencia de quién realice la labor de buscar y obtener las fuentes de pruebas, es decir, puede ser un funcionario público o un particular.

En cuanto al criterio causal o material, a la luz de la causa que origina la ilicitud, podemos distinguir entre: pruebas que se prohíben expresamente por ley (incluyendo en esta categoría las prohibiciones que afectan a la materia objeto de investigación o de prueba, las prohibiciones que afectan a determinados métodos de investigación para la obtención de fuentes de prueba y las prohibiciones concretas que afectan a determinados medios de prueba), pruebas irregulares o ilegales y pruebas que se obtienen o practican infringiendo los derechos fundamentales de las personas (pruebas inconstitucionales). Entiende como pruebas irregulares o defectuosas aquellas en las que en su obtención se ha infringido la legalidad ordinaria o se han practicado sin las formalidades establecidas por ley para que se obtenga y se practique esa prueba. Este autor considera que, aunque las pruebas que se obtienen o practican infringiendo los derechos fundamentales sean las esenciales, el resto también cabe dentro de la noción de prueba ilícita a pesar de que el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) hace referencia expresa únicamente a estas últimas.

En suma, las clasificaciones de las pruebas ilícitas son muy diversas y no hay una doctrina mayoritaria y unívoca al respecto. Por ello, nos vamos a ceñir a lo establecido en la STC 114/1984, de 29 de noviembre. Esto es, entendemos como prueba ilícita todas aquellas pruebas que se han obtenido o admitido en el proceso o se han valorado vulnerando derechos fundamentales.

### **3. LA REGLA DE EXCLUSIÓN.**

#### **3.1. Origen de la regla de exclusión.**

En la Constitución Española (en adelante, CE) no se reconoce de manera expresa la prohibición de la prueba que se ha obtenido ilícitamente, ni tampoco un derecho general a la prueba lícita. En materia de prueba únicamente se reconoce el derecho fundamental “a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa” (art. 24.2 CE).

Hasta 1984 la admisibilidad de las pruebas dependía de su utilidad y de la pertinencia del medio de prueba (art. 566 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y art. 659 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, en adelante, LECrim). Es con la STC 114/1984, de 29 de noviembre, cuando se introduce en nuestro sistema la prohibición de utilizar lo que conocemos como prueba ilícita.

Por lo tanto, esta STC introduce en nuestro ordenamiento jurídico la inadmisibilidad de pruebas que hayan sido obtenidas violando los derechos fundamentales reconocidos en la CE.

Ahora bien, en la misma Sentencia se establece que "no existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisprudencial de las pruebas de origen antijurídico" (F.J. 2), sino que se trata de una garantía procesal de naturaleza constitucional comprendida dentro del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE.

La exclusión de las pruebas ilícitas se debe a la contraposición de dos intereses: el interés público en saber la verdad y el interés de tutelar efectivamente los derechos fundamentales<sup>11</sup>. Es prioritaria la garantía de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos, relegando así a un segundo plano los intereses públicos de verdad en el proceso. No obstante, la garantía de los ciudadanos puede ceder ante el interés público en saber la verdad cuando no se trate de derechos fundamentales.

Además, en la referida Sentencia, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) distingue entre derechos fundamentales sustantivos y derechos fundamentales procesales. Cuando se violan los derechos fundamentales sustantivos a la hora de obtener la prueba, ésta deviene ilícita. Quien infringe estos derechos puede ser una persona tanto pública como privada. En cambio, los derechos fundamentales procesales se vulneran si dicha prueba se admite en el proceso siendo, por tanto, infracción judicial si se admiten estas pruebas. Así, "la admisión en el proceso de una prueba ilícitamente obtenida implicará infracción del art. 24.2 CE".<sup>12</sup> Esto se debe a que si se admite una prueba ilícita en el proceso se estarán obviando las garantías del art. 24.2 CE y, además, se introducirá una desigualdad entre las partes (art. 14 CE).

---

<sup>11</sup> GONZÁLEZ MONTES, J.L., "La prueba ilícita", *Persona y Derecho*, vol. 54, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2006, p. 368.

<sup>12</sup> ASENSIO MELLADO, J.M. *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Trivium, Madrid, 1989, p.78.

### **3.2. Reconocimiento legal.**

A partir de esta Sentencia y tras varias enmiendas al Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, se introdujo en el art. 11.1 LOPJ el siguiente texto: "No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales". Este precepto reconoce un derecho procesal que exige al juez u órgano jurisdiccional expulsar "todo aquello obtenido directa o derivadamente de la vulneración de un derecho o libertad fundamental"<sup>13</sup>.

#### **3.2.1. Examen del art. 11.1 LOPJ.**

Para analizar en profundidad el contenido de este precepto, es preciso desglosar las expresiones y términos que se contienen en su redacción, siguiendo el ejemplo de DE URBANO CASTRILLO y TORRES MORATO<sup>14</sup>.

##### **a) No surtirán efecto**

La consecuencia principal que se deriva del precepto en cuestión es la "inutilizabilidad" de una prueba, ya sea por medio de su inadmisión o no entrando a valorarla.

A la luz de la jurisprudencia del TC y del TS, no se admitirán las pruebas ilícitas, pero si hay dudas sobre la licitud de las mismas, entonces estas pruebas se pueden admitir, practicar y, después, valorar en sentencia. En esa sentencia se podrá incluir un pronunciamiento excluyendo esa prueba.

##### **b) Las pruebas obtenidas**

Se utiliza la expresión "pruebas obtenidas" en el art. 11.1 LOPJ, que se ha interpretado constitucionalmente en la STC 64/1986, de 21 de mayo. Dicha sentencia excluye del ámbito de aplicación de este precepto la vulneración de derechos fundamentales por la admisión o práctica en el proceso de pruebas. Así, este artículo queda limitado a la fase de recogida y búsqueda de fuentes de prueba.

---

<sup>13</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, E. "El tratamiento procesal de las pruebas ilícitas", *Revista de Derecho Penal* (37), 2012, pp. 43 y ss.

<sup>14</sup> DE URBANO CASTRILLO, E., TORRES MORATO, M.A., *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 48-53.

Sin embargo, un sector de la doctrina entiende la obtención en un sentido amplio, esto es, “como toda labor tendente a allegar un resultado probatorio al proceso”<sup>15</sup>. De esta manera, la prueba ilícita puede llegar a alcanzar supuestos de práctica de prueba y no solo obtención. Como consecuencia, el art. 11.1 LOPJ se puede aplicar para la incorporación y práctica de pruebas en el proceso.

c) Directa o indirectamente

El precepto objeto de análisis no se limita a regular la prohibición de las pruebas ilícitas originarias, es decir, aquellas obtenidas de manera directa vulnerando derechos fundamentales, sino que se incluye el término “indirectamente”.

Este término hace referencia a los efectos reflejos de la prueba ilícita. Se trata de pruebas que en sí son legítimas, pero que son consecuencia de un acto previo ilegítimo. Por lo tanto, nos encontramos ante la “teoría de los frutos del árbol envenenado”, que se desarrolla más adelante (*vid. infra*).

d) Violentando derechos o libertades fundamentales

Es necesario que con la obtención de la prueba ilícita se hayan violentado derechos o libertades fundamentales reconocidos en nuestra CE (Sección Primera Capítulo Segundo del Título I, arts. 14 a 29). Por lo tanto, entran dentro de esta protección los derechos procesales que se encajan dentro del art. 24.2 CE.

Por ello, es muy importante ser respetuosos con los derechos y libertades fundamentales, de tal forma que ante la duda de que una prueba haya vulnerado alguno de dichos derechos o libertades habrá que examinarla cuidadosamente para ver si se ha obtenido ilícitamente.

### **3.2.2. Incidencia del art. 11.1 LOPJ.**

Por lo tanto, se introduce una nueva norma en este art. 11.1 LOPJ que goza de un carácter general, siendo aplicable en todo tipo de procesos y en todos los órdenes jurisdiccionales. Además, resulta indiferente quién haya obtenido esa prueba ilícita.

No obstante, cabe destacar que su incidencia ha sido mayor respecto al proceso penal. Esta mayor influencia en el proceso penal tiene su razón de ser, siguiendo a DELGADO

---

<sup>15</sup> ASENSIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida...* cit., p.82.

DEL RINCÓN<sup>16</sup>, en que este tipo de proceso incide en los derechos individuales, ya que el Estado ostenta el *ius puniendi*, lo cual implica una supremacía estatal sobre los individuos.

Debido a esta incidencia, es interesante pensar en que uno de los derechos fundamentales que puede verse afectado por las pruebas ilícitas en el proceso penal es la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Por ello, el TC se ha pronunciado al respecto en algunas sentencias como las SSTC 86/1995, de 6 de junio, 81/1998, de 2 de abril, y 50/2000, de 28 de febrero, en las que ha venido a decir que habrá violación de la presunción de inocencia cuando se haya condenado basándose exclusivamente o en parte en pruebas ilícitamente obtenidas. Sin embargo, si existen otras pruebas de cargo que no estén contaminadas por la prueba ilícita (esto es, que sean pruebas independientes) y sean válidas, entonces no se afecta ni se vulnera la presunción de inocencia. Por ello, si el órgano judicial tomase en consideración para formar “su convicción alguna prueba o pruebas practicadas sin las necesarias garantías infringiría, de no existir otros elementos probatorios independientes de signo incriminatorio, el derecho a la presunción de inocencia”.<sup>17</sup>

Por otro lado, cabe destacar que este precepto de la LOPJ ha tenido incidencia en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, (en adelante, LEC)<sup>18</sup>, en concreto, en dos de sus artículos. Por una parte, el art. 283.3 LEC en el que se establece que “nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley”. Con lo cual, se trata de una norma general que no solo se refiere a la prueba ilícita. Por otra parte, el art. 287 LEC dispone que “cuando alguna de las partes entendiere que en la obtención de una prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes”. Esta cuestión “se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba” (art. 287.1 *in fine* LEC), y contra esta resolución cabe recurso de reposición.

---

<sup>16</sup> DELGADO DEL RINCÓN, L. E., “La regla de exclusión de la prueba ilícita...” cit., p. 2.

<sup>17</sup> MIRANDA ESTAMPRES, M., *Concepto de prueba ilícita...* cit., p. 157.

<sup>18</sup> El art. 4 LEC establece la supletoriedad de esta ley, por lo que a falta de disposiciones que regulen los procesos de otros órdenes jurisdiccionales que no sean del orden civil, se aplicará la LEC. Así, se puede aplicar la LEC de manera supletoria en los procesos penales.

### **3.3. Fundamento de la regla de exclusión.**

En un primer momento, con la STC 114/1984, se configuró la regla de exclusión como una garantía procesal de origen constitucional “íntimamente ligada con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)”.<sup>19</sup>

Sin embargo, con el paso del tiempo, el TC en resoluciones posteriores ha ido cambiando de postura, pero sin llegar a la desconstitucionalización de la regla de exclusión. Ha ido introduciendo excepciones a la regla de exclusión inspirándose en la jurisprudencia norteamericana. Ejemplo de esta evolución es la STC 81/1998, de 2 de abril, que consagra la denominada doctrina de la conexión de antijuridicidad. Al hilo de esta doctrina, el TC ha configurado excepciones que van disminuyendo la eficacia refleja o efectos indirectos de las pruebas ilícitas. También con la STC 49/1999, de 5 de abril, la regla de exclusión deja de tener un carácter absoluto.

En definitiva, la regla de exclusión ha pasado de ser una garantía procesal de naturaleza constitucional cuya razón de ser es la posición preferente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico, a ser una regla con menor firmeza que el juez puede no aplicar cuando concurra alguna de las excepciones. Así, se han ampliado las excepciones, que desarrollaremos más adelante (*vid. infra*).

### **3.4. Prohibición de admisión y de valoración.**

La “inutilizabilidad” de la prueba ilícita supone la prohibición de admisión del medio de prueba y la prohibición de valoración o apreciación judicial de la misma. Así, se priva de eficacia probatoria a las pruebas ilícitas.

#### **3.4.1. Prohibición de admisión de la prueba.**

Esta prohibición hace referencia al momento de admisión o inadmisión de las pruebas. Significa que “cuando los medios de prueba son ilícitos no deben ser admitidos y, caso de haberlo sido, no deben ser tenidos en cuenta”<sup>20</sup>.

Por lo tanto, en este trámite, el juez debe, incluso de oficio, rechazar (no admitir) la prueba obtenida de manera ilícita. De esta manera, la ilicitud de la prueba opera como una causa de inadmisión de la prueba. No obstante, en la LECrim no se prevé este control

---

<sup>19</sup> MIRANDA ESTAMPRES, M., “La prueba ilícita...”, cit., p. 136.

<sup>20</sup> SILVA MELERO, V., *La prueba procesal*, t. I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 70.

de licitud a la hora de la admisión de la prueba, sino que únicamente se condiciona la admisión a la pertinencia de la prueba (arts. 659 y 785.1 LECrim).

Ahora bien, la doctrina del TC viene considerando que las pruebas ilícitas tienen que calificarse como impertinentes (STC 114/1984, de 29 de noviembre, F.J. 5). Sin embargo, esta equiparación que hace el TC de ilicitud e impertinencia no ha sido aceptada por toda nuestra doctrina. Así, PICÓ I JUNOY<sup>21</sup> señala que a pesar de que las pruebas ilícitas y las pruebas impertinentes tengan la misma consecuencia (su inadmisión) no son lo mismo y su inadmisión responde a causas diversas.

En conclusión, corresponde al órgano jurisdiccional controlar la licitud de las pruebas en el momento de la admisión o inadmisión de las mismas. Con este control se puede evitar la apertura del juicio oral en el caso de que las pruebas de cargo fuesen ilícitas (porque la acusación sería infundada). Además, a través de este control se impide que el juez o tribunal sentenciador entre en contacto con las pruebas ilícitas.

#### **3.4.2. Prohibición de valoración de la prueba.**

En determinadas ocasiones puede que las pruebas ilícitas pasen ese control de admisibilidad y se incorporen al proceso. También puede suceder que una prueba devenga ilícita en el momento de la práctica de la misma. Esto no implica que no se le pueda negar el valor probatorio a estas pruebas. El juez o tribunal juzgador no deberá tener en cuenta esas pruebas a la hora de dictar sentencia; “lo que le está vedado al órgano jurisdiccional es la operación de valoración de la prueba obtenida de forma ilícita”<sup>22</sup>.

El hecho de que se incorporen al proceso pruebas ilícitas y que los juzgadores entren en contacto con las mismas plantea un problema de difícil solución. La práctica de una prueba sobre la cual hay dudas de licitud y que posteriormente no surte efectos, dará lugar a una influencia psicológica en el juez, esto es, esos elementos de prueba obtenidos de manera ilícita pueden incidir en la conciencia del juzgador. Una vez que el juez ha tomado contacto con el resultado de la prueba es muy complicado que prescinda del mismo, sobre todo en los casos en los que se obtienen motivos sólidos para incriminar al acusado.

---

<sup>21</sup> PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J. M<sup>a</sup>. Bosch Editor, Barcelona, 1996, pp. 52-53.

<sup>22</sup> MIRANDA ESTAMPRES, M., *Concepto de prueba ilícita...cit.*, p. 175.

Respecto a dicho problema existen dos posturas en nuestra doctrina. Por un lado, autores como MIRANDA ESTAMPRES<sup>23</sup>, que abogan porque se evite la incorporación de la prueba ilícita en el proceso. La solución que propone dicho autor es que se aparte del proceso al juez que haya entrado en contacto con la prueba ilícita. Por otro lado, otro sector de la doctrina mantiene que la influencia psicológica que puede sufrir el juzgador es un riesgo que hay que correr. Como indican DE URBANO CASTRILLO y TORRES MORATO<sup>24</sup>, hay que correr este riesgo, pues de lo contrario se puede ver afectado el art. 24 CE, es decir, de no practicarse esa prueba podrían ponerse en riesgo las garantías del art. 24.2 CE, en concreto, el proceso celebrado con todas las garantías o juicio justo.

En definitiva, la prohibición de valoración supone que el tribunal sentenciador no podrá fundamentar una sentencia condenatoria basándose en una prueba o pruebas ilícitas.

### **3.5. El caso Naseiro: un ejemplo de prueba ilícita.**

El caso Naseiro constituye un claro ejemplo de prueba ilícita. En este caso se suceden una serie de actuaciones judiciales que dan lugar a graves irregularidades, que hacen que las pruebas obtenidas vulneren derechos fundamentales y, por tanto, devengan ilícitas. Así se establece en el Auto del TS 6102/1992, de 18 de junio.

En un primer momento, en noviembre de 1989, la Policía solicita la intervención telefónica de Don Rafael P.A., para investigar un delito de tráfico de drogas. Por medio de Auto, el juez de instrucción decreta la intervención telefónica. Posteriormente, a finales de diciembre de ese año, la policía insta una prórroga de dicha intervención, pero como ha desaparecido ese juzgado de instrucción, se dirige al juzgado de instrucción de guardia sin hacer referencia “a las anteriores vicisitudes, esto es, a la intervención telefónica ya decretada, y sin dar cuenta de lo obtenido con la interceptación que venía grabándose, se pone de relieve otra vez que se están produciendo contactos con individuos pertenecientes a una organización internacional de traficantes de cocaína.” (F.D. Octavo, apartado 3). El juez dicta el correspondiente Auto autorizando dicha intervención sin conocer que se trata de una prórroga de intervención. La prórroga es diferente a la

---

<sup>23</sup> MIRANDA ESTAMPRES, M., *Concepto de prueba ilícita...* cit., p. 180.

<sup>24</sup> DE URBANO CASTRILLO, E., TORRES MORATO, M.A., *La prueba ilícita penal...* cit., p. 49.



autorización de una primera intervención puesto que la misma se concede en función de lo que se ha descubierto hasta la fecha.

No obstante, a pesar de que se solicite la autorización para tales intervenciones para investigar un delito de narcotráfico, “se ha estado investigando durante bastante tiempo un delito de cohecho cometido por determinadas personas” (F.D. Octavo). Este dato debió ponerse a conocimiento del juez de manera inmediata, pues con ese cambio en el objeto de la intervención, el juez tendría que haber considerado si autorizaba o no la misma.

Más adelante, en enero de 1990, se entregan dos cintas al juez, por lo que desde entonces ya conocía o pudo y debió conocer que las investigaciones eran por presuntos delitos de cohecho. No obstante, el juez prorroga la intervención de las comunicaciones para investigar un delito contra la salud pública. Lo hace por medio de Auto que no cumple con las exigencias de motivación.

En el mes de febrero se solicita la intervención otro teléfono (el de Francisco Javier D. R.). Dicha intervención se concede, pero el día 13 de ese mes se acuerda el cese de la misma sin que medien explicaciones.

Los Inspectores de Policía entregan en el Juzgado varias cintas en diferentes fechas, desde el 5 de febrero hasta el 10 de abril. Como consecuencia, el 26 de marzo de 1990, se vuelve a pedir la prórroga de la intervención telefónica de Rafael y ésta se concede, una vez más, por un presunto delito contra la salud pública, a pesar del giro que han dado las investigaciones (se investiga un presunto delito de cohecho). Finalmente, el 10 de abril, se acuerda el cese de la intervención telefónica.

Una vez sintetizadas las actuaciones judiciales, podemos comprobar que se han producido diversas vulneraciones. Una de ellas es la falta de motivación de los Autos en los que el juez autoriza las intervenciones telefónicas. Siguiendo lo dispuesto por el TS, “la exigencia de motivación se satisface cuando, implícita o explícitamente, se puede conocer el razonamiento, esto es, el conjunto de reflexiones que condujeron al Juez a tomar la decisión que tomó, incluidos los supuestos de conceptos jurídicos indeterminados” (F.D. Cuarto). Ahora bien, en el Auto objeto de análisis, se señala que los diversos Autos acuden a puras fórmulas y utilizan expresiones insuficientes, que no pueden considerarse como motivación.

Otra vulneración que se da es la violación de otros derechos fundamentales. Se vulnera en particular el derecho al secreto de las comunicaciones puesto que, aunque las

intervenciones las acuerda el juez, no se hace de manera suficientemente motivada y no se respeta el principio de proporcionalidad (no existe un correlato entre la medida y su duración con la naturaleza del delito y su gravedad).

Además, el juez autoriza esas intervenciones para investigar un presunto delito contra la salud pública (narcotráfico), cuando en realidad se está investigando un presunto delito de cohecho. Esto es, no coincide el objeto de la autorización con el objeto de las intervenciones telefónicas. Por tanto, estamos ante una divergencia entre el delito de narcotráfico que se autoriza investigar por medio de la injerencia ya mencionada y el delito que de hecho se investiga (cohecho). Esta circunstancia se debería haber comunicado por parte de la policía al juez de manera inmediata, para que éste autorizase o no, respetando el principio de proporcionalidad. Esto se debe a que no se pueden autorizar intervenciones telefónicas u otras injerencias en otros derechos fundamentales de las personas con el fin de averiguar cualquier actividad delictual, sino que es preciso que existan unos indicios de criminalidad y que se autorice para investigar un presunto delito en particular. Cuestión distinta es que se encuentre un hallazgo casual y se pueda ampliar la autorización judicial.

El TS concluye que “las pruebas obtenidas a través de las intervenciones telefónicas, como ya se anticipó, fueron radicalmente nulas. Las resoluciones que las acordaron carecieron de verdadera motivación, los contenidos o finalidades de la intervención se desviaron en el curso de los acontecimientos, pese a lo cual no se produjo un conocimiento en tiempo oportuno del Juez de Instrucción y hubo en estas circunstancias evidente desproporción entre las medidas, en plural, tomadas, y las finalidades que, en un orden racional de las cosas, pudieran obtenerse de las citadas medidas que han de ser excepcionales y proporcionales al fin” (F.D. Octavo, *in fine*).

En suma, el TS declara la nulidad de la prueba obtenida por medio de las intervenciones telefónicas pues se llevaron a cabo vulnerando el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). Además, señala que tampoco se podrán practicar las pruebas que deriven de esas intervenciones (eficacia refleja), pues al ser consecuencia de una prueba ilícita, también serán nulas.

### **3.6. La eficacia refleja.**

Los efectos reflejos o indirectos de las pruebas ilícitas suponen que todas aquellas pruebas que se han obtenido o practicado de forma lícita, pero que se basan, derivan o

tienen su origen en una prueba ilícita, no puedan ser admitidas o valoradas. Esta es la teoría norteamericana de los frutos del árbol envenenado (*the fruit of the poisonous tree doctrine*).

Por lo tanto, la eficacia refleja puede describirse así: “la exclusión alcanza no sólo a la prueba originaria practicada ilícitamente, sino también a todas aquellas pruebas (*derivadas*) que, aunque han sido obtenidas lícitamente, esto es, constitucionalmente, tienen su origen en informaciones o datos obtenidos como consecuencia de la actuación ilícita inicial”<sup>25</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico, el art. 11.1 LOPJ utiliza el término “indirectamente”, por lo que la mayoría de la doctrina y también la jurisprudencia consideran que con este término se alude y se reconoce la eficacia refleja, como indica ANDINO LÓPEZ<sup>26</sup>. Incluso afirman que si el legislador no hubiese incluido dicho término en la redacción del art. 11.1 LOPJ habría reconocimiento de la eficacia refleja, dado que ésta deriva de la regla de exclusión, esto es, de la propia “inutilizabilidad” de las pruebas ilícitas.

Con la STC 85/1994, de 14 de marzo, se reconoció de manera expresa la eficacia refleja de la prueba ilícita. Así, se incorpora la doctrina de los frutos del árbol envenenado en nuestro ordenamiento jurídico.

Igualmente, el TS se ha hecho eco del reconocimiento de la eficacia refleja en sentencias como la STS de 13 de marzo de 1995 y la STS 974/1997, de 4 de julio. Cabe destacar esta última Sentencia que recoge dicha doctrina norteamericana y dice así: «la prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior ("directa o indirectamente"), pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, surtirían efecto. Los frutos del

---

<sup>25</sup> MIRANDA ESTAMPRES, M., “La prueba ilícita...”, cit., p. 139. La cursiva es del autor.

<sup>26</sup> ANDINO LÓPEZ, J.A., “La doctrina de los frutos del árbol prohibido”, *Diario La Ley*, núm. 8943, 2017, p. 5

árbol envenenado deben estar, y están (art. 11.1 de la LOPJ), jurídicamente contaminados» (F.J. 2º).

En suma, lo que exigía el TC para reconocer la eficacia refleja era que hubiese una conexión causal entre la prueba ilícita originaria y la prueba lícita derivada. El TS recogió esta doctrina, pero lo hizo desde otra perspectiva: no hay eficacia refleja en los casos de desconexión causal. Si bien ambos tribunales utilizan una perspectiva diferente en torno a la eficacia refleja, llegan a un mismo punto: cuando hay conexión causal entre la prueba ilícita originaria y las pruebas derivadas (lícitas), hay eficacia refleja.

A pesar del reconocimiento de la eficacia refleja, ésta se ha ido vaciando a través de numerosas excepciones y prácticamente ha desaparecido con la construcción de la llamada teoría de la conexión de antijuridicidad, que se expone a continuación.

### **3.7. La regla de exclusión en la prueba obtenida por particulares.**

Como ya se ha apuntado anteriormente, en los supuestos en los que se violan derechos fundamentales sustantivos cuando se obtiene la prueba, dicha violación puede producirse a manos de un funcionario público, pero también de un particular.

Es necesario hacer especial referencia a aquellos casos en los que la prueba se obtiene por particulares. Muy recientemente, el TS se ha pronunciado sobre este asunto en la STS 116/2017, de 23 de febrero, caso *Lista Falciani*. Esta sentencia conoce del recurso de casación interpuesto frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 29 de abril de 2016. En esta última sentencia se condenaba al recurrente por dos delitos contra la Hacienda Pública, a seis años de prisión y a una multa de más de once millones de euros, basándose en los datos económicos contenidos en la “Lista Falciani” (que contiene ficheros bancarios de personas y entidades que disponían de fondos, activos y valores en la filial suiza del banco HSBC en Ginebra).

La condena se basó en una prueba de cargo que consistía en unos archivos informáticos que había obtenido la Agencia Tributaria de la Dirección General de Finanzas públicas de la República Francesa. Dichos archivos contenían datos bancarios de personas y entidades que disponían de fondos, activos y valores, en la entidad bancaria HSBC Private Bank, en Ginebra. El condenado (recurrente) figuraba en esos archivos y, en concreto, constaban cantidades de dinero de las que era titular en el HSBC y que no coincidían con la declaración de los ejercicios 2005 y 2006. Esta prueba tiene su origen en “el apoderamiento de unos archivos en los que se contiene una ingente información

bancaria sobre titulares de fondos gestionados por la entidad suiza HSBC” (F.J. 3) por parte de un ex informático de esa entidad (Belarmino), que “con violación del deber de sigilo que le incumbía aprovechó el acceso a esos documentos para, mediante el oportuno cruce de datos, dibujar el perfil de contribuyentes -entre ellos el acusado- que habían ocultado sus ganancias al fisco” (F.D. 3º).

En esta sentencia, el TS se acoge al fundamento de la regla de exclusión norteamericano, es decir, fundamenta esa regla en el efecto disuasorio (*deterrent effect*). Así, toda prueba obtenida por agentes estatales violando derechos fundamentales, no podrá producir ningún efecto (art. 11.1 LOPJ).

Sin embargo, en el caso del que versa la sentencia la infracción del derecho fundamental se atribuye a un tercero ajeno a la Administración del Estado, por lo que “la consecuencia de la nulidad no deviene ineludible, sino que habrá que ponderar caso por caso cual debe ser la consecuencia de esa conducta con relación a la validez de la prueba”<sup>27</sup>. Por lo tanto, como en este caso se ha obtenido por un particular, no entra en juego directamente la regla de exclusión, sino que es necesario analizar el caso en concreto para ver el alcance de cómo se ha afectado al derecho fundamental.

El TS señala que la prueba de cargo se ha obtenido por medio de la “acción del particular que, sin vinculación alguna con el ejercicio del *ius puniendi*, se hace con documentos que más tarde se convierten en fuentes de prueba que llegan a resultar, por una u otra circunstancia, determinantes para la formulación del juicio de autoría” (F.D. 6º). Y, además, apunta que este particular que ha hecho acopio de una serie de datos bancarios al margen del ordenamiento jurídico no lo hace en nombre del Estado, por lo que no rebasa los límites que están impuestos cuando ese acopio de pruebas incriminatorias lo hace un agente estatal.

Como ya se ha mencionado anteriormente, el TS acude, una vez más, a la doctrina norteamericana, ya que fundamenta la regla de exclusión en la contención de los posibles excesos policiales, esto es, en el efecto disuasorio (*deterrent effect*). Por lo tanto, con la regla de exclusión no se pretende una sobreprotección de quienes delinquen apartando

---

<sup>27</sup> RICHARD GONZÁLEZ, M., “Licitud y validez de la prueba obtenida por particulares en el proceso penal: Comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero que declara la validez de la «lista falciani» para fundar una condena por delito fiscal”, *Diario La Ley*, núm. 8946, 2017, p. 12.

pruebas de cargo que tienen su origen en la actuación de un particular que actuaba sin buscar pruebas incriminatorias para un proceso penal.

Así, “la Sala entiende que la posibilidad de valoración de una fuente de prueba obtenida por un particular con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la voluntad de prefabricar pruebas, no necesita ser objeto de un enunciado legal que así lo proclame. Su valoración es perfectamente posible a la vista de la propia literalidad del vigente enunciado del art. 11 de la LOPJ” (F.D. 6º). Esto es, la prueba que el recurrente tacha de ilícita no lo es, pues se ha obtenido por un particular y supone una excepción de la regla de exclusión. Por ello, en otros motivos, el TS desestima el recurso de casación.

Igualmente, la STS 508/2017, de 4 de julio, trata sobre las pruebas obtenidas por particulares. Esta sentencia conoce del recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Almería (Sección Tercera) de fecha 30 de junio de 2016. En la misma se condena al recurrente como autor de un delito de corrupción de menores y como autor de un delito continuado de abuso sexual a menor de 13 años.

En este caso, las pruebas de cargo son la autoincriminación y unas fotografías que se encontraban en una cámara que se dejó olvidada en un establecimiento. El guardia de seguridad accedió a las fotografías con ánimo de identificar al titular de la misma y se encontró con fotografías de menores desnudos y de actos sexuales con menores, por lo que la pone en poder de la Guardia Civil.

El recurrente defiende la irregularidad por el visionado de las fotografías por parte de la Guardia Civil antes de que hubiese autorización judicial para tal fin. El TS estima que no consta que eso hubiese sido así y, aunque lo fuese, esto no contaminaría la capacidad del órgano de enjuiciamiento a la hora de valorar esas fotografías.

Además, el recurrente reconoció haber hecho esas fotografías y había mantenido relaciones sexuales con la menor. A este respecto, en la STS 508/2017, se alude a la jurisprudencia sentada por el TC y es que, aunque haya autoincriminación, no se puede considerar que haya conexión de antijuridicidad con otros medios de prueba obtenidos vulnerando derechos fundamentales, dado que existen garantías constitucionales sobre la práctica de esas declaraciones, por lo que éstas son voluntarias y espontáneas.

Por lo tanto, el TS concluye que “el reconocimiento de los hechos por el procesado desvincula el valor probatorio de esa afirmación de toda fuente de antijuridicidad y

permite al órgano decisorio obtener sus propias conclusiones probatorias, con independencia de la queja sobre una hipotética vulneración del derecho a la intimidad” (F.D. 1º *in fine*). Con lo cual, se desestima el recurso de casación.

En definitiva, la regla de exclusión puede decaer cuando se trata de pruebas ilícitas obtenidas por particulares sin actuación de agentes estatales, a pesar de la rotundidad del art. 11 LOPJ.

#### **4. EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN.**

La regla de exclusión de la prueba ilícita no es una regla absoluta, sino que de manera progresiva se han ido introduciendo excepciones a la misma. Así pues, la aplicación de la regla de exclusión ha ido disminuyendo.

Las excepciones a la regla de exclusión suponen “que en algunos casos excepcionales, en función de las circunstancias que concurran, y a pesar de que haya habido lesión de derechos fundamentales, los tribunales, acudiendo a una motivación determinada y al principio de proporcionalidad, otorgan eficacia a la prueba obtenida ilícitamente, esto es, con lesión de derechos fundamentales”<sup>28</sup>.

Igualmente, las excepciones a la regla de exclusión tienen su origen en la jurisprudencia norteamericana. Y debido a la gran influencia de la misma, dichas excepciones se han contemplado en la jurisprudencia de otros países, como es el caso de España.

##### **4.1. Excepción de la buena fe en la actuación policial.**

Esta excepción tiene su origen en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos y encuentra su fundamento en el efecto disuasorio (*deterrent effect*), que a su vez es el fundamento de la regla de exclusión en el ordenamiento jurídico norteamericano. Este efecto supone prevenir conductas ilícitas por parte de la policía. Por ello, la regla de exclusión de las pruebas ilícitas se aplica con eficacia disuasoria.

Como consecuencia, “cuando la policía actúa de buena fe, en la creencia de que su comportamiento se ajusta al ordenamiento jurídico y no viola derecho fundamental alguno, la exclusión de la prueba así obtenida carece de justificación”<sup>29</sup>. Con lo cual, la

---

<sup>28</sup> DELGADO DEL RINCÓN, L. E., “La regla de exclusión de la prueba ilícita...”, cit., p.7.

<sup>29</sup> MIRANDA ESTAMPRES, M., “La prueba ilícita...”, cit., p. 140.

regla de exclusión no opera en los casos en los que carece de ese efecto de disuadir a la policía de conductas ilícitas. Así, se trata de una excepción directa de dicha regla.

En España, esta excepción de la buena fe se ha recogido en la STC 22/2003, de 10 de febrero. Esta sentencia resuelve un recurso de amparo que se basa en la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE). La policía llevó a cabo la entrada y registro en el domicilio del recurrente contando únicamente con el consentimiento de su esposa e hijo, quienes le habían denunciado por violencia de género. Durante este registro se halló una pistola del acusado (ahora recurrente). En la resolución en cuestión se aprecia que el consentimiento prestado por la esposa para que se efectúe la entrada y registro no es válido puesto que “la autorización de entrada y registro respecto del domicilio de un imputado no puede quedar librada a la voluntad o a los intereses de quienes se hallan del lado de las partes acusadoras, pues, si así fuese, no habría, en realidad, garantía alguna, máxime en casos como el presente, en que hallándose separados los cónyuges, el registro tuvo lugar en la habitación del marido” (F.J. 8). Como consecuencia, se concluye que se ha vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio del recurrente.

No obstante, el TC no aplica la regla de exclusión de las pruebas ilícitas al no existir dolo o culpa por parte de los agentes policiales que actuaron en “la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución y en que, además, la actuación respetuosa del derecho fundamental hubiera conducido sin lugar a dudas al mismo resultado, la exclusión de la prueba se revela como un remedio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso rechazar” (F.J. 10)<sup>30</sup>.

Cabe destacar otra resolución del alto tribunal que es la STC 209/2007, de 24 de septiembre. En este caso el demandante de amparo fue detenido por la Guardia Civil en el domicilio de un amigo. La Guardia Civil accede a tal domicilio únicamente con el consentimiento de dicho amigo y no había delito flagrante ni autorización judicial, por lo que el demandante de amparo considera que se ha vulnerado su derecho a la inviolabilidad del domicilio (es comorador en precario). Tras un análisis de la doctrina, el TC establece

---

<sup>30</sup> El Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez emitió su voto particular basándose en la posición preferente de la que gozan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico. Dice así: «pese a la inexistencia de dolo o imprudencia, pese a la buena fe policial, desde la perspectiva constitucional que nos corresponde debemos afirmar que objetivamente el registro así practicado ha producido una vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio y que existe una relación directa entre ese hecho y el hallazgo de la pistola, relación de la que deriva la necesidad de la exclusión de los resultados del registro del acervo probatorio en función de la idea del “proceso justo”» (apartado 11).



que “el recurrente sufrió una entrada en su domicilio y que dicha entrada no encontraba legitimación suficiente en el consentimiento del comorador” (F.J. 5). Ahora bien, el TC entra a resolver otra cuestión: si el demandante de amparo autorizó de manera tácita la intromisión en el domicilio. Aunque no basta la falta de oposición a dicha intromisión para considerar que hay consentimiento, ello no impide que en ciertos contextos dicha falta de oposición pueda interpretarse como consentimiento. “Uno de tales contextos propicios a que la falta de oposición pueda ser interpretada como expresión de consentimiento es precisamente el del comorador en precario frente a la autorización de entrada del titular originario del domicilio y a su vez comorador. Y tal posible identificación entre ausencia de rechazo y consentimiento es la que cabe apreciar en el presente supuesto a la vista de los datos que obran en las actuaciones” (F.J. 5 *in fine*). Así, desestima la pretendida vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Por tanto, se desestima el recurso interpuesto contra el acto de entrada policial en el domicilio y contra otras resoluciones.

En definitiva, ya no solo se limita la regla de exclusión de las pruebas ilícitas, sino que directamente esta excepción de la buena fe la neutraliza, de tal manera que se admiten y valoran pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales (en estos casos, de la inviolabilidad del domicilio).

#### **4.2. La tesis de la desconexión de antijuridicidad. Excepciones a la eficacia refleja de la prueba ilícita.**

La STC 81/1998, de 2 abril, supuso un replanteamiento de toda la doctrina de los frutos del árbol envenenado, así como del propio art. 11.1 LOPJ que recoge dicha doctrina. Con esta sentencia se abre paso a la posibilidad de que, “aun existiendo una relación clara de causalidad fáctica entre el resultado probatorio y la intervención ilícita, (los órganos jurisdiccionales) puedan proceder a romper la conexión de antijuridicidad entre el resultado de la violación y la fuente/medio de prueba obtenido”<sup>31</sup>.

Esta tesis se basa en la conexión de antijuridicidad, es decir, «en que la transferencia del carácter ilícito de una prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales a otra posterior, exige la existencia entre las dos, aparte de una “conexión de causalidad” (conexión natural), que sería un requisito necesario pero no suficiente, de una conexión

---

<sup>31</sup> GARCÍA ELENA, M., “El tratamiento procesal de las pruebas ilícitas en el proceso penal”, *Revista de Derecho Penal* (37), 2012, p. 52.

jurídica que en este caso se concreta en una “conexión de antijuridicidad”, que añadiría un *plus* necesario también y suficiente para que tal prueba fuera considerada prohibida»<sup>32</sup>.

Como consecuencia, es necesario que los jueces y tribunales comprueben la existencia de relación de causalidad, así como una conexión de antijuridicidad a la hora de pronunciarse sobre la extensión de la prohibición de valoración de la prueba ilícita originaria a la prueba derivada (lícita).

Por lo tanto, es necesario que el órgano jurisdiccional compruebe la conexión de antijuridicidad y no solo la de causalidad para pronunciarse sobre las pruebas derivadas de pruebas ilícitas, pero ¿cómo se comprueba esa conexión de antijuridicidad?

En primer lugar, hay que analizar la perspectiva interna, es decir, “la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (derecho fundamental sustantivo) materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla”<sup>33</sup>.

En segundo lugar, el TC hace referencia a un segundo análisis al que denomina perspectiva externa. Se trata de considerar las necesidades de tutela que exige la protección del derecho fundamental sustantivo en cuestión (que en el caso de la STC 81/1998 era el derecho al secreto de las comunicaciones).

Estas dos perspectivas, interna y externa, son complementarias, esto es, únicamente si la prueba resulta ajena a la vulneración del derecho fundamental y las exigencias de tutela de ese derecho no exigen la prohibición de valorarla, se entenderá que su valoración o “apreciación es constitucionalmente legítima”<sup>34</sup>.

En conclusión, la teoría de la desconexión de antijuridicidad, recogida en la STC 81/1998, admite la posibilidad de que los tribunales valoren si se ha roto el juicio de antijuridicidad, lo cual hace posible que se admitan las pruebas derivadas de pruebas ilícitas originarias. Así, esta tesis ha supuesto la aparición de excepciones a la eficacia refleja de las pruebas ilícitas.

---

<sup>32</sup> GONZÁLEZ MONTES, J.L., “La prueba ilícita”, cit., pp. 370-371.

<sup>33</sup> STC 81/1998, de 2 de abril, F.J. 4.

<sup>34</sup> STC 81/1998, de 2 de abril, F.J. 4 *in fine*.

Por lo tanto, debemos preguntarnos en qué casos ha aplicado esta teoría el TC. Un claro ejemplo es el supuesto de la confesión voluntaria del imputado que versa sobre hechos que se conocen debido a la violación de un derecho fundamental. En un primer momento, la jurisdicción ordinaria no admitió esta confesión como una prueba válida. No obstante, el TC se posicionó al respecto y estableció como válida dicha confesión basándose en la desconexión de antijuridicidad entre la confesión y la prueba originaria obtenida de manera ilícita. Así lo encontramos en resoluciones como las SSTC 161/1999, de 27 de septiembre, y 8/2000, de 17 de enero. En palabras de GONZÁLEZ MONTES la postura del TC es que “cuando han sido respetadas las garantías constitucionales frente a la autoincriminación, caso de los derechos a la defensa y asistencia del abogado, a ser informado de la acusación formulada contra uno, a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable (art. 24 CE)”<sup>35</sup>, la declaración del acusado de manera voluntaria puede valorarse como prueba válida y destruir la presunción de inocencia. Con lo cual, esta prueba que en un origen se obtuvo con violación de un derecho fundamental, se considera como válida.

Ejemplo de ello es también la STC 86/1995, de 6 de junio. En esta resolución el TC reconoce que existe una relación causal entre la intervención telefónica que se practica vulnerando el derecho al secreto de las comunicaciones (se hace sin que medie autorización judicial) y la confesión que realiza el acusado de manera voluntaria debido a que se habían hallado evidencias incriminatorias. A esta confesión voluntaria del acusado se le califica como prueba jurídicamente independiente, por lo que se admite como prueba lícita. En el fundamento jurídico cuatro, el TC apunta que esta confesión se puede utilizar como prueba debido a que el sospechoso fue informado de sus derechos previamente y fue asistido por un abogado.

Del mismo modo, en la STC 54/1996, de 26 de marzo, se estima que la confesión voluntaria del acusado es una prueba independiente de las escuchas telefónicas, que son una prueba ilícita pues la resolución judicial habilitante para las mismas no estaba motivada de manera suficiente. Con lo cual, al considerar la confesión como prueba independiente, se dispone que la misma no se ha visto contaminada por la prueba ilícita y constituye una prueba de cargo suficiente.

---

<sup>35</sup> GONZÁLEZ MONTES, J.L., “La prueba ilícita”, cit., p. 372.

Esta excepción a la regla de exclusión fue objeto de múltiples críticas por parte de un gran sector de la doctrina, en el que se encuentra el autor DELGADO DEL RINCÓN<sup>36</sup>, por considerar que la confesión no ha de entenderse como una prueba jurídicamente independiente. Defiende que, al existir nexo causal, esa prueba derivada se puede considerar como diferente, pero no como independiente. Así, la confesión voluntaria que se obtiene a raíz de una prueba originaria ilícita sería ilícita también pues no se podría llevar a cabo un interrogatorio basado en hallazgos obtenidos durante la práctica de la prueba vulneradora de derechos fundamentales.

En resumen, para el TC español la confesión voluntaria del acusado, siempre y cuando se realice tras la información de derechos, con asistencia de abogado y cumplimiento de todas las garantías, constituye una prueba de cargo suficiente y hace posible la ruptura del nexo causal con la prueba originaria ilícita. A través de la calificación de dicha confesión como prueba independiente, se convalidan los hallazgos obtenidos de manera ilícita.

Otra resolución en la que el TC se acoge a la desconexión de antijuridicidad es la STC 205/2005, de 18 de julio. En este caso, mediante la intervención telefónica de diversos terminales se vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones del recurrente. Esto se debe a que la intervención telefónica a la que se vio sometido el recurrente los días 2 y 6 de septiembre de 1996 no tenía cobertura judicial (dado que el plazo de un mes para esas intervenciones empieza a computar desde que se autorizan por medio de auto y no desde que la escucha se hace efectiva).

El TC examina si la vulneración del secreto de las comunicaciones produce una vulneración refleja en su derecho fundamental a la presunción de inocencia. Ahora bien, estima que en este caso no se produce conexión de antijuridicidad entre esas escuchas ilícitas y las que se realizan posteriormente con la necesaria cobertura judicial. El TC establece que “las escuchas telefónicas consideradas relevantes a efectos probatorios se produjeron los días 1 y 2 de octubre de 1996, y es claro que las mismas encontraban cobertura en el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Marbella” (F.J. 7). Por ello, que se declaren inconstitucionales las otras escuchas del 2 y 6 de septiembre no afecta al acervo probatorio sobre el cual se basa la condena del recurrente. Esto es, no se vulnera su presunción de inocencia puesto que, como ya hemos apuntado anteriormente, existen

---

<sup>36</sup> DELGADO DEL RINCÓN, L. E., “La regla de exclusión de la prueba ilícita...” cit.

pruebas de cargo no contaminadas (escuchas del 1 y 2 de octubre) por las pruebas ilícitas (escuchas del 2 y 6 de septiembre).

#### **4.2.1. Excepción de la prueba jurídicamente independiente o fuente independiente (*independent source doctrine*)**

Igualmente, se trata de una construcción de la jurisprudencia norteamericana. Sin embargo, no se trata de una verdadera excepción a la regla de exclusión. Esto se debe a que es consecuencia de la misma, ya que si no existe conexión causal entre la prueba original ilícita y la derivada lícita tal regla no es aplicable. Por lo tanto, es un supuesto de desconexión causal.

Ejemplo de esta excepción son las SSTC 66/2009, de 14 de abril, y 128/2011, de 17 de agosto. Ambas resuelven sendos recursos de amparo interpuestos contra una misma sentencia, la STS 556/2006, de 31 de mayo, que confirma parcialmente la sentencia de la Audiencia Nacional que condena a los recurrentes como autores de un delito de integración en organización terrorista. Ambos recursos de amparo se fundamentaban, entre otros motivos, en la vulneración del derecho a un proceso celebrado con todas las garantías (art. 24.2 CE) por haber sido condenados en base a pruebas derivadas de intervenciones telefónicas declaradas nulas.

Por ello, el TC entra a examinar si existe conexión causal y conexión jurídica entre las intervenciones telefónicas y otras pruebas, entre las que se encuentra la entrada y registro de los domicilios de los recurrentes. Dice así: “A los solos efectos de valoración de la conexión entre las pruebas de cargo hemos de considerar especialmente la entrada y registro en el domicilio [...]: En abstracto la misma constituye una medida investigadora de naturaleza jurídica diversa a las intervenciones telefónicas, siendo también diferentes los derechos fundamentales afectados en una y otras (art. 18.2 CE para el domicilio y art. 18.3 CE para el secreto de las comunicaciones). Y, en concreto, el largo periodo de tiempo transcurrido entre la producción procesal de las intervenciones telefónicas y la entrada y registro, sus distintos elementos internos y sobre todo el cauce diverso (documental) de acceso al proceso del sustrato material probatorio (datos sobre la ubicación del domicilio registrado) distinto de las intervenciones telefónicas (cfr. fundamento jurídico primero 2 de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal

Supremo núm. 556/2006; págs. 97 a 101), nos llevan a concluir el carácter jurídicamente independiente de la entrada y registro”<sup>37</sup>.

Así, el TC considera que no existe una conexión causal entre las escuchas telefónicas ilícitas y el resto de pruebas, por lo que no es de aplicación la regla de exclusión del art. 11.1 LOPJ. De esta manera, las otras pruebas sí se pueden admitir y valorar. Como consecuencia, desestima el motivo basado en la vulneración del derecho al proceso celebrado con todas las garantías.

A esta misma conclusión llega en la STC 128/2011, de 17 de agosto, en la que se refiere y se adhiere a los diversos fundamentos de la citada STC 66/2009. Esto se debe a la gran semejanza que existe entre las dos demandas de amparo.

#### **4.2.2. Excepción del descubrimiento probablemente independiente (*hypothetical independent source rule*) y del descubrimiento inevitable (*inevitable discovery*).**

Otro caso distinto es el llamado descubrimiento probablemente independiente (*hypothetical independent source rule*), cuyo origen radica en el Tribunal Supremo de Estados Unidos. Nuestro TC recoge este supuesto en la STC 81/98. De esta manera, se permite deducir desconexión jurídica entre el acto originario inconstitucional y la prueba aportada al proceso; hay relación causal pero no antijurídica. Esto es, parte de “una cierta independencia jurídica entre la prueba ilícitamente obtenida (prueba directa) y aquélla (indirecta) que se aporta al proceso y en la que el Tribunal sí puede basar su convicción”<sup>38</sup>.

En relación con este supuesto, nos encontramos con el descubrimiento inevitable (*inevitable discovery exception*). Esta excepción no se ha aplicado de manera expresa en la doctrina del TC, pero sí la ha aplicado el TS, en particular en su STS de 4 de julio de 1997. En dicha resolución se fundamentaba que las pruebas que se habían tachado en un primer momento de ilícitas se habrían obtenido de una fuente sin tacha, como lo es la vigilancia y el seguimiento. Con lo cual, se admite una prueba que es el resultado causal de la interceptación telefónica ilegal. Sin embargo, se establece el límite del descubrimiento inevitable, que supone que esa fuente sin tacha únicamente se refiere a las actuaciones policiales de buena fe. Esto enlaza con el efecto disuasorio (*deterrent*

---

<sup>37</sup> STS 66/2009, de 9 de marzo, F.J. 5.

<sup>38</sup> GONZÁLEZ MONTES, J.L., “La prueba ilícita”, cit., p. 373.

*effect*), que es el fundamento estadounidense de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas.

Respecto a tal excepción, el hallazgo casual se ha considerado como una variante de esta excepción de los descubrimientos inevitables. Este hallazgo casual se refiere a la obtención de fuentes de prueba de la comisión de uno o más delitos que se deriva de la práctica de diligencias para investigar otros delitos distintos. Además, también se trata de un hallazgo casual las evidencias probatorias que surgen no siendo buscadas y ponen de relieve que el delito o delitos investigados han sido cometidos por un tercero ajeno a los investigados<sup>39</sup>. En palabras de ECHARRI CASI, los hallazgos casuales “se producen en aquella situación en la que habiéndose obtenido la correspondiente habilitación judicial para la práctica de una diligencia que afecta a los derechos fundamentales del sujeto investigado (entrada y registro en domicilio, intervención de las comunicaciones), con motivo de la persecución de una serie de conductas delictivas concretas y determinadas, aparecen fuentes de prueba relativas a otro u otros delitos distintos, de los cuales no se tenían noticias con anterioridad, cuando menos por los agentes intervinientes en aquella”<sup>40</sup>.

Un ejemplo de hallazgo casual lo encontramos en la STS 1313/2000, de 21 de julio. A través de unas escuchas telefónicas autorizadas para otra causa se descubrió casualmente un delito de tráfico de drogas.

En nuestro ordenamiento jurídico, el art. 579 bis LECrim versa sobre los descubrimientos causales obtenidos por medio de “la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica”. Los resultados de esos medios de prueba se podrán utilizar como prueba en otros procesos penales (apartado 1). En su apartado 3, se establece que en aras de investigar el delito que se ha descubierto de manera casual se requiere autorización judicial. Para lo cual el juez competente “comprobará la diligencia de la actuación, evaluando el marco en el que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su momento.” Por lo tanto, se establece que para investigar sobre un posible delito que se deriva de un descubrimiento casual, es necesaria autorización judicial.

---

<sup>39</sup> GARCÍA SAN MARTÍN, J., “El hallazgo casual o descubrimiento ocasional en el ámbito de la investigación penal”, *Diario La Ley*, núm. 109, 2014, p. 1.

<sup>40</sup> ECHARRI CASI, F.J., “Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 69, 2003, p. 286.

La doctrina del TS respecto al hallazgo casual ha sido diversa. Actualmente, la STS 25/2008, de 29 de enero, es la exponente de la jurisprudencia vigente: «La solución jurídica relativa a estos hechos delictivos ocasionales no es uniforme, pudiendo distinguirse: 1) Si los hechos descubiertos tienen conexión (art. 17 LECrim) con los que son objeto del procedimiento instructorio, los hallazgos surtirán efectos tanto de investigación cuanto posteriormente de prueba. 2) Si los hechos ocasionalmente conocidos no guardasen esa conexión con los causantes de acuerdo de la medida y aparentan una gravedad penal suficiente como para tolerar proporcionalmente su adopción, se estimarán como mera “notitia criminis” y se deducirá testimonio para que, siguiendo las normas de competencia territorial y en su caso las de reparto, se inicie el correspondiente proceso» (F.D. 6º).

Como consecuencia, rige el principio de especialidad, ya que la intervención solo se justifica respecto al delito que está siendo investigado. No obstante, los hallazgos ocasionales son *notitia criminis*, por lo que en ese mismo proceso o en otro se investigará. Puede que se necesite ampliar la autorización judicial o bien una nueva, o bien que se inicie una nueva investigación.

El descubrimiento casual puede derivarse de una prueba ilícita, esto es, dicho descubrimiento se ha obtenido casualmente de una prueba obtenida o practicada vulnerando los derechos fundamentales. Este hallazgo casual derivado se considera lícito si el juez autoriza su investigación de manera suficientemente motivada (autorización judicial), por lo que supone otra excepción a la regla de exclusión del art. 11.1 LOPJ. Esto se debe a que “el hallazgo casual rompe la conexión de antijuridicidad que existe entre la prueba derivada y la prueba ilícita inicial, pudiendo la prueba obtenida casualmente ser valorada en el proceso y, en su caso, fundamentar la sentencia condenatoria”<sup>41</sup>.

#### **4.2.3. Excepción del nexo causal atenuado (*attenuated connection doctrine*).**

Igualmente, se trata de una excepción importada de la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal norteamericana. Esta excepción es una modalidad de la excepción de la prueba jurídicamente independiente, anteriormente expuesta (*vid. supra*).

---

<sup>41</sup> DELGADO DEL RINCÓN, L. E., “La regla de exclusión de la prueba ilícita...” cit., p. 16.



La razón de ser de la excepción del nexo causal atenuado no es negar la existencia de una conexión causal entre la prueba originaria ilícita y la prueba derivada, sino que es el débil nexo que existe entre esas pruebas. Esto es, debido a que la conexión causal es tan atenuada, se autoriza utilizar en el proceso la prueba derivada de la prueba originaria ilícita.

Con el fin de establecer cuándo se puede considerar que el nexo causal entre la prueba ilícita y la prueba derivada es atenuado se han utilizado los siguientes criterios, que señala DELGADO DEL RINCÓN<sup>42</sup>:

- a) En primer lugar, el criterio temporal, que implica que, a mayor periodo de tiempo entre la prueba originaria ilícita y la derivada, mayor posibilidad de que esa conexión sea atenuada.
- b) En segundo lugar, también se tiene en cuenta la gravedad de la violación que se hace con la prueba originaria; cuanto menor sea, será más sencillo admitir la prueba derivada.
- c) En tercer lugar, se toman en consideración los acontecimientos que hayan tenido lugar en el lapso de tiempo entre la obtención de ambas pruebas, de tal forma que cuantos más acontecimientos hayan ocurrido, será más posible que la prueba derivada se haya visto menos contaminada.
- d) Por último, el criterio de la naturaleza de la prueba derivada. Según este criterio, si se trata de una prueba personal voluntaria (como una confesión) es más probable que se admita que si se trata de una prueba material.

En nuestro país, la excepción del nexo causal atenuado no ha tenido aplicación por parte del TC. El alto tribunal acude a la excepción de la prueba jurídicamente independiente dejando aquella excepción de lado. Esto es, aplica de manera muy amplia el concepto de “prueba independiente”. Como se ha señalado anteriormente, esta amplia aplicación de la excepción de la prueba independiente ha sido criticada por un gran sector doctrinal.

## **5. CONCLUSIONES.**

En suma, por prueba ilícita se entiende aquella que es obtenida o practicada vulnerando derechos fundamentales. A este tipo de pruebas se les aplica la regla de exclusión, que supone que tales pruebas no deben ser admitidas en el proceso y, en caso

---

<sup>42</sup> DELGADO DEL RINCÓN, L. E., “La regla de exclusión de la prueba ilícita...” cit., p. 17.

de que lo sean, no pueden ser valoradas judicialmente a la hora de dictar sentencia. Así, las pruebas ilícitas dejan de tener eficacia probatoria.

Igualmente, esta regla se aplica a las pruebas que, habiéndose obtenido y practicado lícitamente, derivan o se basan en una prueba originaria ilícita. Es decir, se necesita una conexión casual entre la prueba ilícita originaria y la lícita derivada. Esto es lo que se conoce como eficacia refleja o efectos indirectos de las pruebas ilícitas.

La regla de exclusión fue, en un primer momento, una creación jurisprudencial del TC, a partir de la STC 114/1984, de 29 de noviembre. Posteriormente, el legislador introdujo esta regla en el art. 11.1 LOPJ.

Se configura como una regla de carácter general que se aplica a todo tipo de procesos por la finalidad que cumple (la protección de los derechos fundamentales de las personas durante el proceso). Ahora bien, su incidencia es mayor en los procesos penales.

En nuestro ordenamiento jurídico, el fundamento de la regla de exclusión era garantizar y proteger los derechos fundamentales, pues se configuraba como una garantía de origen constitucional relacionada con el derecho a un juicio justo o proceso celebrado con todas las garantías. Sin embargo, de manera progresiva se han ido introduciendo excepciones a la regla de exclusión, sobre todo, inspirándose en la jurisprudencia norteamericana y en el efecto disuasorio. Como consecuencia, se ha reducido la aplicación de la regla de exclusión y se ha ido vaciando de contenido la eficacia refleja.

Cabe señalar que el TC y el TS de nuestro país, en diversas ocasiones, han fundamentado la regla de exclusión en el efecto disuasorio, es decir, en la contención de posibles excesos policiales. Esta influencia de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos se puede constatar en que cuando las pruebas ilícitas se han obtenido por un particular no opera de manera sistemática la regla de exclusión de las pruebas ilícitas, sino que es necesario atender a las circunstancias de cada caso.

A esto hay que sumarle que precisamente una de las excepciones a la regla de exclusión es la buena fe en la actuación policial. Esta excepción supone que dicha regla deja de aplicarse en los casos en los que carece de efecto disuasorio. Por lo tanto, es una excepción directa de dicha regla.

El resto de las excepciones enlazan con la tesis de la conexión de antijuridicidad. Esta tesis ha permitido que se hayan ido introduciendo excepciones a la eficacia refleja de las pruebas ilícitas, dado que según la misma el carácter ilícito de la prueba originaria se

transfiere a la derivada si existe conexión causal y conexión de antijuridicidad. Como consecuencia, se pueden admitir pruebas derivadas de pruebas ilícitas si se ha roto la conexión de antijuridicidad. El ejemplo paradigmático es la confesión voluntaria del acusado sobre hechos que se han conocido debido a la vulneración de un derecho fundamental.

Entre las excepciones a la eficacia refleja que se han introducido como consecuencia de dicha tesis, nos encontramos con la excepción de la prueba jurídicamente independiente. No obstante, no es una verdadera excepción, sino más bien una consecuencia de la regla de exclusión, ya que si no hay conexión causal no se aplica tal regla.

Asimismo, el descubrimiento probablemente independiente y el descubrimiento inevitable son excepciones a la eficacia refleja. El primer caso es una excepción dado que no hay conexión antijurídica (aunque sí causal), mientras que en el segundo se admiten pruebas derivadas de pruebas ilícitas pues se habrían obtenido igualmente de una fuente sin tacha (actuaciones policiales de buena fe). Con el descubrimiento inevitable enlaza la excepción del hallazgo casual; en el curso de la práctica de diligencias debidamente autorizadas judicialmente para investigar ciertos delitos, aparecen fuentes de prueba relativas a otros delitos distintos. Puede que el hallazgo casual derive de una prueba ilícita; este hallazgo casual rompe la conexión de antijuridicidad, por lo que esta prueba derivada puede admitirse y valorarse en el proceso.

Por último, otra excepción de los efectos indirectos de la prueba ilícita es la excepción del nexo causal atenuado. Supone que no se niega la conexión causal entre la prueba ilícita y su derivada, sino que es tan débil el nexo que une tales pruebas que se autoriza utilizar en el proceso esa prueba derivada de otra ilícita.

En definitiva, la regla de exclusión, lejos de ser absoluta, cada vez tiene más excepciones, tanto directas como relativas a la eficacia refleja de las pruebas ilícitas. De esta forma, se permite que se admitan en el proceso y, después, se valoren judicialmente pruebas ilícitas (excepción de la buena fe policial) y pruebas derivadas de pruebas ilícitas.

## 6. BIBLIOGRAFÍA.

### Referencias bibliográficas.

- AGUILAR CABRERA, D. A., “Discusión sobre la ilegalidad de la prueba y la búsqueda de la impunidad: A propósito del Caso Baltasar Garzón”, *Derecho y Cambio Social*, 2014.
- ANDINO LÓPEZ, J.A., “La doctrina de los frutos del árbol prohibido”, *Diario La Ley*, núm. 8943, 2017.
- ASECIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989.
- DE MARINO, R., “Las prohibiciones probatorias como límites al derecho a la prueba”, en *Primeras Jornadas de Derecho Judicial*, Presidencia del Tribunal Supremo, Secretaría Técnica, Madrid, 1983.
- DE URBANO CASTRILLO, E., TORRES MORATO, M.A., *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- DELGADO DEL RINCÓN, L. E., “La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia refleja”, *Ciudadanía, derechos políticos y justicia electoral en México: memoria del IV Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral*, 2013.
- ECHARRI CASI, F.J., “Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 69, 2003.
- GARCÍA ELENA, M., “El tratamiento procesal de las pruebas ilícitas en el proceso penal”, *Revista de Derecho Penal* (37), 2012.
- GARCÍA SAN MARTÍN, J., “El hallazgo casual o descubrimiento ocasional en el ámbito de la investigación penal”, *Diario La Ley*, núm. 109, 2014.
- GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal*, tomo II, *Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988 (con Víctor MORENO CATENA, José ALMAGRO NOSETE y Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ).
- GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 1996 (con Víctor MORENO CATENA y Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ).
- GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Editorial Bosch, Barcelona, 1985.

- GONZÁLEZ MONTES, J.L., “La prueba ilícita”, *Persona y Derecho*, vol. 54, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2006.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E. “El tratamiento procesal de las pruebas ilícitas”, *Revista de Derecho Penal* (37), 2012.
- MIRANDA ESTAMPRES, M., “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núm. 22, Barcelona, 2010.
- MIRANDA ESTAMPRES, M., *Concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Especial referencia a la exclusionary rule estadounidense*, Ubijus, México D.F., 2013.
- PETERS, K., *Strafprozeßrecht*, Heidelberg, 1985.
- PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J. M<sup>a</sup>. Bosch Editor, Barcelona, 1996.
- RICHARD GONZÁLEZ, M., “Licitud y validez de la prueba obtenida por particulares en el proceso penal: Comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero que declara la validez de la «lista falciani» para fundar una condena por delito fiscal”, *Diario La Ley*, núm. 8946, 2017.
- ROXIN, C., *Strafverfahrensrecht*, Munich, 1987.
- SILVA MELERO, V., *La prueba procesal*, t. I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

### **Jurisprudencia.**

- STC 114/1984, de 29 de noviembre.
- STC 64/1986, de 21 de mayo.
- STC 86/1995, de 6 de junio.
- STC 54/1996, de 26 de marzo.
- STC 81/1998, de 2 de abril.
- STC 49/1999, de 5 de abril.
- STC 161/1999, de 27 de septiembre.
- STC 8/2000, de 17 de enero.

- STC 50/2000, de 28 de febrero.
- STC 22/2003, de 10 de febrero.
- STC 205/2005, de 18 de julio.
- STC 209/2007, de 24 de septiembre.
- STC 66/2009, de 14 de abril.
- STC 128/2011, de 17 de agosto.
- STS de 13 de marzo de 1995.
- STS 974/1997, de 4 de julio.
- STS 1313/2000, de 21 de julio.
- STS 556/2006, de 31 de mayo.
- STS 25/2008, de 29 de enero.
- STS 66/2009, de 9 de marzo.
- STS 116/2017, de 23 de febrero.
- STS 508/2017, de 4 de julio.
- ATS 6102/1992, de 18 de junio.